

Dr. sc. Ratko Brnabić: Materijalna potkapitalizacija u francuskom pravu društva kapitala
Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 1/2013., str. 177.- 198.

Dr. sc. Ratko Brnabić, asistent
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

MATERIJALNA POTKAPITALIZACIJA U FRANCUSKOM PRAVU DRUŠTAVA KAPITALA

UDK: 347.7. (4)

Pregledni rad

Primljeno: 1.10.2012.

U radu se raspravlja o problemu potkapitalizacije trgovačkih društava francuskog prava. Daje se pregled polazišta u francuskom pravu društava o pitanju potkapitalizacije. Posebice se istražuje tko odgovara i kome za slučaj potkapitalizacije društva. Nadalje, istražuje se pravni položaj voditelja posla. Razmatra se i pitanje odgovornosti člana društva za potkapitalizaciju, a u tom kontekstu raspravlja se o odgovornosti člana za proboj, odgovornosti člana za naknadu štete te njegovu odgovornost zbog povrede dužnosti lojalnog ponašanja prema društvu. Rezultati istraživanja o problematici potkapitalizacije trgovačkih društava uspoređuju se s odgovarajućim rješenjima u hrvatskom i njemačkom pravu društava.

Ključne riječi: *francusko pravo, društva kapitala, potkapitalizacija, odgovornost za obveze, zaštita vjerovnika*

1. UVOD

Pitanje potkapitalizacije društava kapitala tema je o kojoj se rijetko raspravlja u literaturi francuskoga prava društava. Potkapitalizirano je ono društvo čiji je kapital nedostatan za obavljanje djelatnosti, gledajući na vrstu i opseg poslovanja. Ako članovi pokriju financijske potrebe poslovanja zajmom, financijska potreba društva namirena je kapitalom, koji su doduše osigurali članovi, ali u „pogrešnoj“ formi (vanjskim kapitalom, a ne unosom vlastitog kapitala društva), riječ je o *nominalnoj potkapitalizaciji*. Spomenute slučajeve valja razlikovati od onih kad članovi uopće nisu pokrili financijske potrebe društva tj. društvo nema nijedan izvor financiranja, uključujući i vanjski kapital. Tada je riječ o materijalnoj potkapitalizaciji.¹ *Materijalna potkapitalizacija* je u literaturi još preciznije određena: društvo se smatra materijalno potkapitaliziranim ako je njegov kapital nedostatan za pokrivanje srednjoročnih ili dugoročnih financijskih obveza društva (a društvo ne može dobiti ni kredit), imajući u vidu vrstu i opseg očekivane ili stvarne poslovne aktivnosti te metode financiranja društva.² U francuskom pravu doista postoji pojam potkapitalizacija (fra. *sous-capitalisation*), međutim, tu se

¹ Brnabić, R., Proboj pravne osobnosti i odgovornost za obveze, doktorska disertacija, Zagreb, 2010., str. 126.

² Ulmer, P. u: Hachenburg, M., Großkommentar zum GmbHG, Ulmer, P. (ur.), Band I: Allgemeine Einleitung, §§ 1-34, 8. Aufl., Berlin 1992., Anh §30, Rnd. 16, str. 155. Također v. Barbić, J., Pravo društava, Opći dio, Organizator, zagreb, 2006., str. 302.

prvenstveno misli na slučajeve nominalne potkapitalizacije koji se pojavljuje u francuskom poreznom pravu.³ Kad se u francuskoj literaturi raspravlja o stanju imovine društva koji se kod nas naziva materijalna potkapitalizacija, često se koriste drugi izrazi kao što su nedostatnost kapitala (fra. *insuffisance de capital*) ili nedostatni fondovi (fra. *fonds insuffisants*), a iz stavova iznesenih u literaturi proizlazi da je tu riječ o stanju kada je kapital društva vidljivo neprimjeren s obzirom na opseg poslovanja društva.⁴

Predmet istraživanja su društva francuskog prava *société à responsabilité limitée* (u nastavku rada: SARL)⁵ koji odgovara pojmu našeg društva s ograničenom odgovornošću kao i društvo *société anonyme* (u nastavku rada: SA) koje je slično našem dioničkom društvu. U francuskom pravu do 1. siječnja 2001. godine 40,42 % svih društava bilo je ustrojeno u formi SARL-a, a istovremeno je 5% društava ustrojeno u pravnome obliku SA.⁶ Francusko pravo društava uređeno je zakonom od 24. srpnja 1966. i s odlukom od 23. ožujka 1967. ali je uredbom od 18. rujna 2000.⁷ preneseno u francuski Trgovački zakonik (fra. *Code de Commerce*) pri čemu ta reorganizacija nije za cilj imala promjenu sadržaja odredaba.⁸

Kao i kod istih društava u našem pravu, članovi unosom uloga u društvo stječu poslovne udjele/dionice i s tim iznosom preuzimaju rizik neuspjeha tog gospodarskoga pothvata. Riječ je o odredbama koje služe zaštiti vjerovnika tih društava jer se temeljni kapital (fra. *capital social*) smatra u prvom redu jamstvenim pologom u korist vjerovnika društva.⁹ Za francusko dioničko društvo (SA) propisan je minimalni temeljni kapital od 225 000,00 Eura (ako je društvo uvršteno na tržište kapitala), odnosno minimalni temeljni kapital od 37 000,00 eura ako društvo nije uključeno na spomenuto tržište.¹⁰ Za francusko društvo s ograničenom odgovornošću (SARL) izmjenama Zakona više nije propisan minimalni temeljni kapital društva (ranije je minimalni temeljni kapital propisan za to društvo bio u iznosu od 7 500,00 eura).¹¹ Odredbe o unosu i održanju kapitala

³ Cozian, M., *Sous-capitalisation et fiscalité*, RJC, 2001., str. 244. i dalje.

⁴ Cozian, M./Viandier, A./Deboissy, F., *Droit des sociétés*, 17e édition, Paris, 2004., par. 240.

⁵ Detaljniji prikaz francuskih društava s ograničenom odgovornošću v. kod Recq, J. G. /Hoffmann, S., *Die französische S.A.R.L. als GmbH-Ersatz?*, GmbH 2004., str. 1070. i dalje.

⁶ Cozian, M./Viandier, A./Deboissy, F., *Droit des sociétés*, par. 12.

⁷ V. Ordonnance n° 2000-912 du 18. 9. 2000.

⁸ Sada se odredbe o društvima SARL nalaze u Art. 223-1 i dalje, a odredbe o društvima SA ponajprije u Art. 225-1 i dalje francuskog Trgovačkoga zakonika (u nastavku rada: CCom). Usp. *Großerichter, H. / Rageade, J. P.*, *Französische Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Handels- und Wirtschaftsrecht im Jahr 2000.*, RIW 2001, str. 771.

⁹ Cozian, M./Viandier, A./Deboissy, F., par. 228. i dalje. Usp. *Schwanna, A.*, *Die Gründung von Gesellschaften in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M., 2002., str. 249., 259. i dalje.

¹⁰ Vidi Art. 224-2 i Art. 225-1 Al. 1. Ccom.

¹¹ To su izmjene uvedene Zakonom od 1. kolovoza 2003. *Loi n° 2003-721 du 1. 8. 2003 pour l'initiative économique* (objavljena u tiskanom obliku u Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés, August/Septembre 2003., str. 111. i dalje.); Riječ je o ukidanju pravila o minimalnom temeljnom kapitalu društva jer se dopušta osnivanje SARL-a za 1 Euro, kao i osnivanje SARL-a s promjenjivim temeljnim kapitalom. Kritički stav prema uvođenju „1-Euro-SARL“ i prije stupanje na snagu te izmjene zauzima Massart, T.,

u osnovi se temelje na pravilima iz smjernice EU o kapitalu društva.

S obzirom na predmet rada, okolnost da se dopušta osnivanje društva kapitala s neznatnim sredstvima tim prije upućuje na zaključak da u slučaju nastanka stanja potkapitaliziranost društva osobitu pozornost treba posvetiti zaštiti vjerovnika tih društava. Jedno od sredstava za njihovu zaštitu može biti i odgovornost člana za obveze društva.

Za pojedine gospodarske djelatnosti – posebice djelatnosti banaka i osiguravajućih društava – vrijede posebne odredbe o visini iznosa minimalnoga temeljnoga kapitala koje su znatno više u odnosu na spomenute iznose temeljnoga kapitala.¹² Iz toga se zaključuje da ni u općim niti u posebnim odredbama o visini iznosa temeljnoga kapitala nema riječi o tome da su članovi dužni na unos temeljnoga kapitala koji je po iznosu primjeren stvarnim gospodarskim potrebama toga društva.¹³

Posebnost francuskoga prava društava u svezi s pitanjem zaštite vjerovnika vidljiva je u odredbama kojima se propisuje izuzetno stroga odgovornost organa društva prema njegovim vjerovnicima tog društva. Dok u našem i njemačkome pravu društava važnu ulogu imaju odredbe o održanju kapitala društva, u francuskome pravu društava veći značaj imaju odredbe o odgovornosti organa društva.¹⁴ Pravno sredstvo francuskog prava pod nazivom *Action en comblement du passif* (u slobodnom prijevodu: tužba za pokrivanje gubitaka društva) protuteža je odredbama našega i njemačkoga prava društava kojima se štite vjerovnici tih društava.¹⁵

Une grande réforme à petit budget: La SARL au capital de 1 Euro, Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés, 2002., str. 1361. i dalje. Također v. *Becker, P.*, Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische „Blitz - S.A.R.L.“, GmbH 2003., str. 707. Odredbom iz Art. 223-2 CCom članovima SARL prepušta se odluka o visini temeljnog kapitala društva.

¹² Tako *Unger, J.*, Unterkapitalisierung in Belgien und Frankreich, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M., 1988., str. 37. Vidi primjerice čl. 15. našeg Zakona o kreditnim institucijama (Nar. nov., br. 117/08 i 153/09) koji propisuje temeljni kapital banke u iznosu od 40 milijuna kuna.

¹³ *Unger, J.*, Unterkapitalisierung, str. 38.

¹⁴ Tako *Hansen (Hansen, U.)*, Die verdeckten Sacheinlagen in Frankreich, Belgien und Deutschland und ihre Behandlung durch die zweite EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie, Frankfurt a. M., 1996., str. 129. i dalje.) koji uspoređuje odredbe o osnivanju društava kapitala u njemačkom, belgijskom i francuskom pravu društava, a posebice raspravlja o pitanju skrivenih uloga u stvarima. *Ehricke* ističe da odredbe o kapitalu imaju važnu ulogu u njemačkom pravu društava (za razliku od stanja u francuskom pravu društava gdje spomenute odredbe, iako postoje, nisu dostatno razrađene i općenito imaju manji značaj nego što je to slučaj u njemačkom pravu. *Ehricke, U.*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998., str. 592. i dalje.

¹⁵ Usp. *Zimmer, D.*, Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1996., str. 295.: Tužba *action en comblement du passif* primjerena je protuteža okolnosti da u francuskom pravu odredbe o minimalnom temeljnom kapitalu nisu ozbiljna prepreka za osnivanje društava, a nema odredaba za slučaj zajma kojim se nadomješta kapital društva. Riječ je o tužbi vjerovnika društva u stečaju protiv direktora društva. Prema tim značajkama, to pravno sredstvo slično je odgovarajućim odredbama našeg prava o odgovornosti uprave zbog neprijavlivanja nastanka stečajnog razloga, ali se od tog sredstva razlikuje po tome što u francuskom pravu direktor (uprava) može odgovarati za sve obveze društva, a ne samo za dodatni gubitak koji je vjerovnicima nastao jer uprava nije prijavila nastanak nekog od stečajnih razloga. Također, tuženik nije samo direktor (uprava) društva već to može biti i faktični voditelj poslova toga društva. O tome će biti više riječi u nastavku rada.

2. PREGLED POLAZIŠTA U FRANCUSKOM PRAVU DRUŠTAVA O PITANJU POTKAPITALIZACIJE

Pitanje potkapitalizacije u francuskom pravu društava spominje se od 50-ih godina prošloga stoljeća, a posebice se ističe značaj unosa u društvo temeljnoga kapitala u iznosu koji je primjeren opsegu gospodarskoga pothvata toga društva, a također upućuje se i na problem odgovornosti za pogreške u upravljanju društvom. Još uvijek se spomenuti problemi izravno ne povezuju sa zaštitom vjerovnika društva niti se raspravlja o odgovornosti uprave ili člana društva zbog okolnosti da društvo nije opremljeno dodatnim kapitalom, već se samo upozorava na opasnosti koje proizlaze iz okolnosti da društvo u trenutku osnivanja nije opremljeno dostatnim kapitalom.¹⁶

Potkapitalizacija se često spominje u kontekstu povezanih društava (fra. *Groupe de sociétés*) iako francusko pravo ne sadrži posebne odredbe o povezanim društvima kakve poznaje hrvatsko ili njemačko pravo društava.¹⁷ Naime, u francuskome pravu samo se uređuju pretpostavke kada se smatra da neko društvo pripada koncernu, ali nema odredaba o odgovornosti za obveze koncerna.¹⁸ Stoga nema mjesta solidarnoj odgovornosti vladajućega društva za obveze ovisnoga društva temeljem polazišta da je riječ o „jedinstvenome gospodarskome pothvatu“ (fra. *Unité d'entreprise*)¹⁹ što u širem smislu znači da član ne odgovara za obveze društva.²⁰ U francuskom pravu se, u svezi s odgovornošću u koncernu i rizicima koji nastaju kod povezanih društava, primjenjuju opće odredbe prava društava te odredbe o odgovornosti organa društva, odredbe stečajnoga prava pri čemu posebnu pozornost izazivaju odredbe o „proširenju stečajnoga postupka“ na vladajuće društvo.²¹

¹⁶ Detaljnije o ranijim polazištima u francuskoj literaturi o tim pitanjima v. kod *Zimmermann, K.*, Die Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern bei Insolvenz der GmbH in Frankreich, Doktorska disertacija, Freiburg, 1971., str. 63.

¹⁷ Općenito o francuskom pravu povezanih društava v. primjerice *Le Cannu, P.*, Droit des sociétés, 2e édition, Paris, 2003., Par. 1416. i dalje; *Ehricke, U.*, Konzernunternehmen, str. 501. i dalje; *Wolf, M.*, Konzernhaftung in Frankreich und England, Heymann Verlag, Köln, 1995., str. 5. i dalje.

¹⁸ Usp. *Druey, J. N.*, Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen-auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten-neu zu regeln? Gutachten H für den 59. Deutschen Juristentag, u: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages 1992., Band I Gutachten, München 1992., str. H 6.

¹⁹ V. presudu i napomene uz presudu kod *Guyon, Y.*, Komentar uz presudu Prizivnoga suda u Parizu od 20. ožujka 1986., Rev. soc. 1987., str. 98. *Schmidt* smatra da u slučaju kada je zbog utjecaja vladajućega društva samostalnost ovisnog društva i njegove imovine u znatnoj mjeri dovedena u pitanje, tada vladajuće društvo solidarno s ovisnim odgovara za njegove obveze. *Schmidt, D.*, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe nach französischem Recht, ZGR, 1982., str. 290. Također v. i presudu francuskog Vrhovnog suda Cass. com., 8. studenog 1988., Rev. soc. 1990., str. 71. i dalje.

²⁰ V. presudu Prizivnog suda Paris od 15. svibnja 1990., Bull. Joly 1990., str. 879. i dalje te presudu istog suda od 4. svibnja 1990., Rev. soc. 1990., str. 450. i dalje. Prema mišljenju Suda, član odgovara samo kada ima „udio većeg opsega“ u drugome društvu. Taj stav ne može se prihvatiti jer bi tada svaki član koji ima vladajući položaj odgovarao za obveze društva.

²¹ Detaljnije *Ehricke, U.*, Konzernunternehmen, str. 501. i dalje.

3. ODGOVORNOST VODITELJA POSLOVA DRUŠTVA

Odgovornost članova uprave u francuskome pravu društava uređuje se različitim odredbama.²² Ta je odgovornost u središtu razmatranja kada se raspravlja o pretpostavkama nastanka potkapitalizacije društva. Kad se raspravlja o odgovornosti organa društva, najčešće se navode slijedeća pravna sredstva: odgovornost voditelja posla izvan stečajnog postupka te odgovornost tih osoba u stečajnom postupku (*action en comblement du passif*).

3. 1. Odgovornost voditelja posla izvan odredaba o stečaju

Opća odredba o odgovornosti uprave društava kapitala primjenjuju se u svezi s pitanjem imovine pravne osobe, ali isključivo izvan stečajnoga postupka.²³ Naime, otvori li se nad imovinom društva stečajni postupak, primjenjuju se odredbe o stečaju koje su *lex specialis* u odnosu na odredbe o odgovornosti uprave od kojih se razlikuju jer se po pitanju odgovornosti izjednačuje stvarni (faktični) direktor (fra. *Dirigeant de fait*) i član uprave koji je postavljen na zakonom uređenom načinu (fra. *dirigeant de droit*). Ti subjekti imaju drugačiji pravni položaj u slučaju kada nad imovinom društva nije otvoren stečajni postupak jer se odredbe iz Art. 223-22 i Art. 225-251 CCom²⁴ odnose isključivo na zakonitoga, ne i na faktičnoga voditelja posla.²⁵ Riječ je o jedinome pravnome temelju odgovornosti koji ima prednost u primjeni pred odredbama o odgovornosti za štetu iz Art. 1382. francuskog Građanskog zakonika (fra. *Code Civil*, u nastavku rada: CC).²⁶ Iz te

²² Aktualni pregled odgovornosti voditelja poslova društva SARL v. kod *Becker*, GmbH, 2003., str. 162. i dalje.

²³ V. Art. 223-22 i Art. 225-251 CCom. O odgovornosti voditelja poslova koja je uređena tim odredbama v. *Baierlipp, M.*, Die Haftung der Muttergesellschaft eines multinationalen Konzerns für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2002., str. 234. i dalje. O isključenju općih pravila o odgovornosti voditelja poslova ako se ispunje pretpostavke za primjenu odredaba o stečaju koje imaju prednost kao *lex specialis* v. presudu francuskog Vrhovnog suda od 28. veljače 1995., Recueil Dalloz, 1995., str. 390. U presudi od 20. lipnja 1995., Vrhovni sud zauzima stav da odredbe o stečaju kao *lex specialis* imaju prednost u odnosu na pravila o deliktnoj odgovornosti (Cass. com., 20. lipnja 1995., Rev. soc. 1995., str. 766.). U novije vrijeme Vrhovni sud potvrđuje taj stav (fra. *non cumul* – nema kumulacije različitih pravnih sredstava), ali i zaključuje da ako je do pogreške u upravljanju došlo nakon otvaranja stečajnog postupka, tada voditelj posla (u naravi stečajni upravitelj) odgovara prema općim pravilima o odgovornosti pa nema mjesta za tužbu (*action en comblement du passif*). Vidi presudu Vrhovnog suda od 14. ožujka 2000., Bull. Joly 2000., str. 602. i dalje.

²⁴ Prema tim odredbama, voditelji poslova odgovaraju osobno i/ili solidarno prema društvu i trećima zbog zloprabe prava ili povrede propisa o društvima s ograničenom odgovornošću (u Art. 225-251 CCom jednaka odredba za dioničko društvo), povrede društvenog ugovora ili pogrešaka u upravljanju društvom. Ako su se pretpostavke odgovornosti ispunile za više osoba (voditelja poslova) sud će odrediti u kojem omjeru je svaki od njih dužan nadoknaditi štetu. Članovi su ovlašteni protiv uprave ustati s tužbom u ime društva, a to pravo ne može se odlukom skupštine isključiti.

²⁵ Vidi presude francuskog Vrhovnog suda od 6. listopada 1981., Recueil Dalloz, 1983., str. 133., presudu od 21. ožujka 1995., Rev. soc. 1995., str. 501. i dalje. Odgovornost prema odredbama iz Art. 223-22; 225-251. CCom imaju manji praktični značaj u odnosu na odredbe o stečaju. Usp. *Baierlipp, M.*, Haftung, str. 236. i dalje.

²⁶ Presuda francuskog Vrhovnog suda od 13. lipnja 1995., Droit des sociétés, November 1995., n° 223, str. 13. i dalje. Također v. Art. 1382. francuskog Građanskog zakonika (fra. *Code civil*): „Onaj tko drugome prouzroči štetu dužan je tu štetu nadoknaditi, otkloniti“. Pročišćeni tekst Zakona dostupan na

tvrdnje proizlazi da faktični voditelj posla izvan stečajnoga postupka odgovara vjerovnicima društva temeljem odredaba o odgovornosti za štetu. Ponašanje voditelja posla koje se može okvalificirati kao pogreška u upravljanju praktički se uvijek smatra deliktom, a odredbe o odgovornosti za štetu iz Art. 1382. CC-a uređuju pitanje pogrešaka/propusta u upravljanju društvom. Te odredbe odnose se na zakonitoga, ali i faktičnoga voditelja posla u društvu.²⁷

Do sada se o pitanju odgovornosti direktora kod potkapitalizacije raspravljalo samo u okviru stečajnih odredaba, a kasnije u radu će se ispitati i opće odredbe o odgovornosti voditelja posla te odredbe odštetnoga prava. Sva spomenuta pravna sredstva imaju i neke zajedničke pretpostavke za primjenu:

1. Povreda dužnosti voditelja posla,
2. nanošenje štete društvu (a neizravno i njegovim vjerovnicima),
3. uzročna veza.²⁸

3. 2. Odgovornost uprave u stečajnom postupku uz korištenje pravnog sredstva *Action en comblement du passif* (*action en comblement de l'insuffisance d'actif*)

Action en comblement du passif (u slobodnom prijevodu: tužba za pokrivanje gubitka nastalog društvu) pravno je sredstvo francuskog prava koje, usvoji li ga sud, može imati ozbiljne pravne učinke za voditelje poslova francuskih društava kapitala. Spomenuta tužba je, prema *Cozianu*, „oštar mač“ jer otvara mogućnost donošenja širokoga raspona presuda.²⁹

Pravni učinci tužbe za pokrivanje gubitaka uređeni odredbom Art. L 651-2 CCom.³⁰ Prema toj odredbi, u slučaju kada je imovina pravne osobe koja je u stečaju nedostatna za namirenje vjerovnika, sud može presuditi da će uprava u cijelosti ili djelomično odgovarati za te obveze. Pretpostavka za odgovornost je pogreška ili propust uprave što ima za posljedicu da je imovina društva dodatno smanjena (uzročna veza). Široko područje primjene te tužbe obuhvaća pogreške

www.legifrance.gouv.fr, 6. kolovoza 2012., a spomenuta odredba se primjenjuje stupanjem na snagu Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804.

²⁷ *Dedessus-Le-Moustier, N.*, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. Soc. 1997., str. 518.

²⁸ *Ehricke, U.*, Konzernunternehmen, str. 530.

²⁹ *Cozian, M./Viandier, A./Deboissy, F.*, Droit des sociétés, par. 275.

³⁰ Prethodile su joj odredbe čl. 99. Zakona od 13.07.1969. kao i odredba iz čl. 180. Zakona od 25.1.1985. Te ranije odredbe nisu preuzete u cijelosti. O tome detaljnije *Zahn, P.J.*, Geschäftsleiterhaftung und Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften in Frankreich, Hermann Luchterhand Verlag, Frankfurt a. M., 1986., str. 37. Prema odredbi iz Art. L. 651-2 (ranije Art. L. 624-3) Ccom-a, u slučaju kada se kod likvidacije pravne osobe pokaže manjak imovine (za pokrivanje obveza), Sud je ovlašten, kada je manjak posljedica propusta voditelja poslova, presuditi da će de iure ili de facto voditelj poslova odgovarati za dugove društva koji se mogu pripisati pogrešci u upravljanju društvom. Ako postoji više direktora, odgovaraju solidarno i neograničeno. Zastara tužbe protiv direktora nastupa u roku 3 godine od započinjanja likvidacije. Iznosi koji direktori uplate dio su imovine dužnika (društva) i biti će isplaćeni vjerovnici razmjerno njihovim tražbinama.

u upravljanju društvom koje su posljedica činjenja, ali i propuštanja.³¹ Odgovara uprava društva, ali i faktični voditelj posla (direktor), bez obzira jesu li spomenute osobe primale naknadu za svoj rad.

Usvajanje tužbe za posljedicu ima odgovornost direktora za obveze društva. Tu nije riječ o vanjskoj, izravnoj odgovornosti uprave prema vjerovnicima društva već je direktor društva dužan dugovani iznos uplatiti društvu.³² Posebna oštrina tog pravnog sredstva ogleda se u činjenici da bi direktor mogao odgovarati za puni iznos tražbine pa i onda kada visina tražbine nije posljedica njegovih pogrešaka/propusta u upravljanju društvom. U tome se spomenuto pravno sredstvo razlikuje od općih odredaba o odgovornosti za štetu kod kojih se moraju ispuniti pretpostavke postojanja štetne radnje, štete i uzročne veze (fra. *faute, préjudice, causalité*).³³ Sud može osuditi direktora na plaćanje i nižeg iznosa od iznosa štete koja je nastala društvu. Sud će pritom uzeti u obzir sve okolnosti konkretnoga slučaja te utvrditi opravdanost (primjerenost) iznosa odgovornosti.³⁴

Zakon je sve do izmjena iz 2005. godine predviđao i posebnu sankciju za slučaj da voditelj posla ne postupi prema presudi kojom mu je utvrđena odgovornost i dužnost pokrivanja gubitaka nastalih društvu: tada se otvara stečaj i nad njegovom imovinom. Izmjenama zakona proširenje stečaja više nije sankcija koja pogađa direktora društva automatski, već im se mora dokazati odgovornost za sve ili dio obveza društva.³⁵ U slučaju kada direktor ne može ispuniti te obveze, dolazi u

³¹ Vidi brojne primjere i objašnjenja kod *Cozian, M./Viandier, A./Deboissy, F.*, par. 274. i dalje.

³² V. presudu Prizivnoga suda Rouen od 20. listopada 1983., Rev. soc. 1984., str. 764. i dalje.

³³ Tako *Saint-Alary-Houin, C.*, La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté, Revue des procédures collectives, 2001., str. 148. i 152.

³⁴ *Ehrlicke, U.*, Konzernunternehmen, str. 529. Sudovi pronalaze protutežu ozbiljnim pravnim učincima odgovornosti u pretpostavkama za odgovornost: mora biti riječi o skrivljenom ponašanju te se mora dokazati uzročna veza između postupanja voditelja i nastale štete. Izmjenama Zakona o kojima je već bilo riječi više se ne traži ispunjenje tih pretpostavki.

³⁵ Riječ je o brisanim odredbama Art. 624-4 i 624-5 CCom. Ranija odredba iz Art. 624-5 CCom za koju se često pogrešno navodilo da uređuje pitanje proširenja stečaja, u biti je uređivala slučaj otvaranja novoga stečajnoga postupka pored postojećeg, već otvorenog stečajnog postupka nad društvom. Tim se postupkom moglo zahvatiti imovinu voditelja posla pa i onda ako je riječ o pravnoj osobi. To zakonski uređeno proširenje stečaja razvilo se iz pretpostavki odgovornosti za proboj koje je razvila sudska praksa, a posebice polazište o fiktivnome trgovačkom društvu. Spomenuta pravna sredstva (proširenje stečaja i pretpostavke odgovornosti za proboj koje je razvila sudska praksa) različita su i svako ima svoje područje primjene pa su mogla biti korištena istovremeno. Odnos pravila o proširenju stečaja i tužbe en comblement du passif nije bio utvrđen. Ako se prema imovinskom stanju uprave može očekivati da će povodom tužbe uplatiti u imovinu društva iznos koji potražuju vjerovnici društva, sudovi neće donositi rješenja o otvaranju stečaja nad upravom (proširenje stečaja). Pretpostavke proširenja stečaja nisu obuhvaćale slučaj potkapitalizacije društva. Svaki nastavak s poslovanjem, u slučaju kada društvo ne raspolaže dostatnom imovinom, smatra se zloporabom prava. Primjer takvoga ponašanja je kada voditelj posla ima interes osigurati vlastitu korist ili osigurati korist društvu u kojem ima poslovne udjele. Francuski Vrhovni sud zauzeo je stav da je pokazatelj osobnoga interesa voditelja posla u nastavak poslovanja ako on po svaku cijenu želi sačuvati poslovne udjele- iako je njihova vrijednost već znatno smanjena zbog lošega poslovanja. Sveukupno uzevši, zaključuje se da je postojao široki krug subjektivnih pretpostavki za proširenje stečaja na članove društva tj. voditelje posla, što je stvaralo pravnu nesigurnost pa je stoga spomenuta odredba brisana iz francuskog Trgovačkog zakonika. Usp. *Ehrlicke, U.*, Konzernunternehmen, str. 553.

obzir i primjena odredaba o osobnom stečaju (fra. *fallite personnelle*).³⁶

Adresat tužbe za pokrivanje gubitaka nastalih društvu je u prvom redu uprava (voditelj posla) društva.³⁷ Za razliku od hrvatskoga prava društava, u francuskome pravu društava dopustivo je da, na određeni način i pravna osoba bude voditelj poslova društva (Art. 225-20 al. 1. CCom).³⁸ Sve ostale funkcije u organima dioničkog društva obnašaju isključivo fizičke osobe.³⁹ Pojam *dirigeant de droit* znatno je šireg opsega od pojma člana uprave našega prava. Tako se prema francuskoj sudskoj praksi voditeljem posla smatra i člana društva koji nije član uprave, ali je na tu funkciju imenovao povjerenika.⁴⁰ S druge strane, članovi nadzornoga odbora ne podliježu odredbama o odgovornosti voditelja posla društva.

Prednost i osobiti značaj tužbe protiv direktora društva jest u tome da se njome može obuhvatiti i faktičnog voditelja posla/faktičnog direktora (*dirigeant de fait*).⁴¹ To za posljedicu može imati i odgovornost fizičke, ali i pravne osobe koja upravlja društvom. Odgovornost pravne osobe kao voditelja posla i pretpostavke te odgovornosti nisu uređene zakonskim odredbama već su ta pitanja razrađena u sudskoj praksi i literaturi. Prihvaćeno je jedinstveno polazište o značenju pojma koje su prihvatili ostali sudovi, zasad bez odstupanja.⁴² Tako je za faktičnog direktora prepoznato: miješanje, uplitanje u funkcije odlučujuće za upravljanje društvom, neprekinuto (kontinuirano) sudjelovanje u vođenju poslova te izravni nadzor i kontrola nad društvom.⁴³

U sudskoj praksi razrađene su tri pretpostavke (kriterija) koje prihvaća i literatura, a kojima se uređuje pravni pristup prema značenju pojma *direction défait*. Prvo, mora biti riječi o aktivnome ponašanju (činjenju) kojim treći preuzima ovlasti uprave; propuštanje i nečinjenje nisu dostatne pretpostavke za odgovornost. To vrijedi i onda kada je riječ o „neaktivnome“ članu društva pa i onda kada taj član ima većinski udio (i/ili većinsko pravo glasa) u drugome društvu.⁴⁴ Drugo,

³⁶ Ibid., str. 563. i dalje. Također vidi Art. L. 653-1 CCom-a (ranije L. 625-1); U spomenutoj odredbi propisuje se da je sud ovlašten otvoriti postupak osobnog stečaja nad direktorom pravne osobe koji nije ispunio obveze društva za koje odgovara.

³⁷ *Saint-Alary-Houin, C.*, Rev. proc. coll. 2001., str. 147.

³⁸ Vidi Art. L. 225-20 CCom-a. Prema toj odredbi, jasno se navodi da pravna osoba može biti imenovana za člana uprave. Međutim, u nastavku spomenutog članka se pojašnjava da će ta pravna osoba imenovati svog predstavnika koji onda odgovara za obveze kao svi ostali voditelji poslova toga društva. Pravna osoba može opozvati svog predstavnika u upravi društva, ali istovremeno mora imenovati novog predstavnika.

³⁹ V. odredbe iz Art. 225- 47; 225-51-1;225-53 jednako kao i odredbu Art. 223-18 CCom o voditelju (direktoru) društva (fra. *gérant der SARL*).

⁴⁰ Taj stav vidljiv je u novijoj presudi Trgovačkoga suda u Parizu od 07. rujna 1998. u predmetu *Banque Pallas Stern (Comipar)*. Komentar neobjavljene presude v. kod *Saint-Alary-Houin, C.*, Rev. proc. coll. 2001, str. 147.

⁴¹ O značenju pojma faktičnog voditelja posla (fra. *dirigeant de fait*) *Zahn, P.J.*, Geschäftsleiterhaftung, str. 94. i dalje.

⁴² *Saint-Alary-Houin, C.*, Rev. proc. coll. 2001., str. 147.

⁴³ Vidi presudu Prizivnoga suda u Parizu od 11. lipnja 1987., Bull. Joly 1987., str. 719.

⁴⁴ *Ehricke, U.*, Konzernunternehmen, str. 535. i dalje.

voditelj je samo ona osoba koja djeluje slobodno, a ne prema tuđim uputama. To ograničenje za cilj ima oslobođenje zaposlenika društva od odgovornosti. Treće, nedopušteno postupanje mora biti u svezi s poslovođstvom društva, što neće biti lako dokazati. Tužitelj treba dokazati da postoji faktični voditelj posla koji je vodio poslove društva te sve okolnosti i obrasce nedopuštenog ponašanja te osobe koje su od značaja za njegovu odgovornost. Za razliku od polazišta njemačkoga i hrvatskoga prava, pretpostavka za odgovornost ispunila se ne samo onda kada treći otvoreno vodi poslove društva, već i onda kada to čini prikriveno.⁴⁵

Problem faktičnoga poslovođstva najčešće se spominje u kontekstu rasprave o odgovornosti članova društava kapitala, posebice u slučaju priključenih društava,⁴⁶ pa bi pretpostavke odgovornosti voditelja poslova za obveze društva mogle znatno ograničiti primjenu temeljnoga pravila o neodgovornosti članova društava kapitala za obveze tih društava.⁴⁷ Sudovi ipak ne smiju olako usvajati te tužbe jer bi se time izgubio smisao društava kapitala. Francuski sudovi u presudama nerijetko ističu da okolnost članstva, pa i većinskoga, u društvu ne stvara presumpciju o tome da je taj član faktični voditelj posla. Nadalje, nezainteresiranost člana za poslovanje društva nije pretpostavka odgovornosti. Ako član zna za krizu društva, nije dužan prijaviti nastanak stečajnoga razloga ili započeti likvidaciju društva. Niti član koji se u društvu koristi svojim članskim pravima na uobičajeni način neće odgovarati kao faktični voditelj posla.⁴⁸ S druge strane, ponašanje člana koji ima većinski udio u društvu i koristi svoj prevladavajući utjecaj na upravu pa preuzima njezine ovlasti može biti značajan indicij koji upućuje na zaključak da je član (neovlaštena treća osoba) preuzeo poslovođstvo društva. Iz presuda u kojima se raspravlja o pitanju faktičnog poslovođstva proizlazi da je o takvom postupanju riječ kad je utjecaj člana na društvo sveobuhvatan pa je uprava potpuno izgubila neovisnost i više ne obnaša zakonom uređene dužnosti.⁴⁹ Primjerice, u presudi Vrhovnog suda od 6. lipnja 2000.⁵⁰ vladajuće društvo je dopustilo ovisnome društvu samostalnost samo za obavljanje tekućih poslova upravljanja društvom (vođenje poslova). Prema uputama vladajućega, ovisno društvo izmijenilo je pravilnik o plaćama, isplaćivalo sredstva iz imovine društva sestrinskim društvima suprotno odredbama statuta te na posljetku, suprotno stavu zakonitoga voditelja posla, provodi postupak okončanja društva.

Između slučaja potpune nezainteresiranosti člana za poslovanje društva s jedne strane, te slučaja kada član potpuno preuzme funkciju uprave društva s druge strane, postoji niz okolnosti i ponašanja članova iz kojih nije jednostavno zaključiti jesu li se ispunile pretpostavke za odgovornost faktičnoga voditelja posla. To posebice

⁴⁵ To će biti osobito teško dokazati kod povezanih društava. *Schmidt, D.*, Die zivilrechtliche Haftung, ZGR 1982., str. 281.

⁴⁶ *Zahn, J. P.*, Geschäftsleiterhaftung, str. 100. i dalje.

⁴⁷ *Saint-Alary-Houin, C.*, Rev. proc. coll., 2001., str. 145.

⁴⁸ Tako *Cozian, M./Viandier, A./Deboissy, F.*, Droit des sociétés, par. 287.

⁴⁹ Presude opisuje *Ehrlicke, U.*, Konzernunternehmen, str. 538.

⁵⁰ Presuda francuskog Vrhovnoga suda od 6. lipnja 2000., RJDA 2000., n° 868, str. 690. i dalje.

vrijedi onda kada član nije preuzeo funkciju uprave, ali utječe na njen rad davanjem savjeta i uputa.⁵¹ Ponekad će sudovima biti jednostavnije zaključiti da su se te pretpostavke ispunile, a posebice u slučaju kada je članu povjereno obavljanje poslova u gospodarskome pothvatu društva. Indicij za to može biti i okolnost da je član usko povezan s društvom, a prema nekim presudama i okolnost da je vladajuće društvo potpuno preuzelo upravljanje ovisnim društvom.⁵² Pretpostavka za odgovornost jest da netko provodi prevladavajući utjecaj u društvu tj. ima moć odlučivanja o njegovoj poslovnoj i financijskoj sudbini.⁵³ Indicij o tome da je član faktični direktor jest i okolnost da je član dao zajam društvu. Sudovi raspravljaju o odgovornosti člana samo u slučaju kada društvo posluje s gubitkom.⁵⁴

Sveukupno uzevši, uzak je krug pretpostavki kada sudovi prihvaćaju da je netko faktični voditelj poslova pa je neznatan broj presuda kod kojih je tužba usvojena. Češće će se pretpostavke odgovornosti ispuniti kod jednočlanih društava kapitala.⁵⁵

Pretpostavka za podizanje tužbe protiv voditelja posla za obveze društva u kontekstu potkapitalizacije jest povreda dužnosti direktora koja za posljedicu ima dodatno smanjenje imovine društva.⁵⁶ Pojam povrede (fra. *faute*) treba tumačiti široko, a pojam obuhvaća zakonske i statutarne povrede posloводства.⁵⁷ Sudovi kod takvih postupaka provode kontrolu „stvarne kvalitete“ posloводства društva. Smatra se da nepažnja i rizično, avanturističko ponašanje za posljedicu ima da je

⁵¹ *Schmidt, D.*, Die zivilrechtliche Haftung, ZGR 1982., str. 281.

⁵² *Zahn, J. P.*, Geschäftsleiterhaftung, str. 102. i dalje.

⁵³ Međutim, sudovi zauzimaju restriktivan stav u pogledu mogućnosti da se člana društva proglasi faktičnim voditeljem posla. U prilog tom stavu govore brojni primjeri iz sudske prakse. Tako u presudi francuskog Vrhovnog suda od 26. listopada 1971. (Cass. com., Bull. civ. IV, n° 256), Sud odbija prihvatiti ocjenu da je većinski dioničar koji je ujedno tehnički direktor u društvu faktični voditelj poslova toga društva. Prema stavu Prizivnoga suda Paris od 7. svibnja 1975. (D. 1975, somm. 121. i dalje) nije faktični voditelj član društva koji je direktor odjela prodaje toga društva jer iz toga ne proizlazi zaključak da sudjeluje u posloводstvu društva. Isti stav zauzima i francuski Vrhovni sud u presudi od 28. siječnja 1977. (Cass. com., Rev. proc. coll. 1997., str. 370. i dalje), gdje član drži 49% udjela u društvu, a uvijek sudjeluje u pregovorima koje društvo vodi s trećima. Niti Prizivni sud u Parizu u presudi od 27. veljače 2001. (Rev. soc. 2001., str. 410.) ne prihvaća da je faktični voditelj poslova društva član koji raspolaže s 99,5 % udjela u društvu dok su dva zaposlenika tog društva članovi uprave njemu ovisnoga društva. I najnovija presuda Vrhovnog suda od 26. lipnja 2001. (Cass. com., Dr. soc. Oktober 2001., n° 140, str. 15.) pokazuje da sudovi nisu skloni prihvatiti konstrukciju odgovornosti faktičnog voditelja posla. U konkretnom predmetu, član uprave je ujedno i član društva te raspolaže s 50% udjela. Drugi član društva nije u upravi, ali ima stručna znanja koja su usko vezana s glavnom djelatnošću društva (izvođenje građevinskih radova). Taj član nije primao plaću već mu je društvo povremeno isplaćivalo naknade i provizije. Sud smatra da taj član nije faktični voditelj poslova, a u presudi se ponovo ističe da okolnost da je član ujedno i zaposlenik društva nije dostatna za zaključak da je tu riječ o faktičnom voditelju poslova.

⁵⁴ Vidi presudu Prizivnog suda u Parizu od 3. studenog 1975., RJC 1979, str. 353.; Također, potvrđuje se da je faktični voditelj poslova član koji je davao zajmove društvu a njegov zaposlenik je donosio sve ključne odluke u društvu i utjecao na posloводство.

⁵⁵ *Wolf, M.*, Konzernhaftung, str. 54. i dalje.

⁵⁶ Stoga za odgovornost nije dostatno da je društvo prezaduženo. V. presudu francuskog Vrhovnog suda od 19. siječnja 1993., Rev. huiss. 1993., str. 675. i dalje.

⁵⁷ *Ehrliche, U.*, Konzernunternehmen, str. 544. i dalje.

voditelj posla odgovoran za obveze društva⁵⁸. Za odgovornost je dostatna obična direktora nepažnja.

Okolnost da je potkapitalizacija temelj odgovornosti u poslovođstvu je polazište koje je čvrsto utemeljeno u francuskoj literaturi i sudskoj praksi. Međutim, bez obzira na jasnoću svih okolnosti, spomenuti oblik odgovornosti prihvaćen je tek u zadnjih 20-ak godina jer prije toga *Lutter* zaključuje da odgovornost voditelja posla nije temelj odgovornosti.⁵⁹ Započinjanje i nastavljanje s poslovanjem koje ne donosi dobit već gubitak najčešće je korištena pretpostavka za podizanje tužbe za pokrivanje gubitaka društva. U francuskoj sudskoj praksi se gospodarska neučinkovitost društva koja za posljedicu ima njegova propast povezuje s nedostatnom opremljenošću društva kapitalom što je, prema uvriježenom stavu, problem poslovođstva društva.

Polazište da je pitanje potkapitalizacije u području odgovornosti voditelja posla, a ne člana spominje se u starijoj presudi Prizivnog suda od 4. studenog 1965.⁶⁰ U konkretnom predmetu, riječ je o društvu SARL s dva člana. Jedan od njih je direktor (fra. *gérant*) društva. Društvo je opremljeno izuzetno niskim vlastitim kapitalom pa je sklopilo za društvo nepovoljan ugovor o zajmu. Sud smatra da je u tom slučaju riječ o povredi dužnosti uprave. Odgovara samo član koji je vodio poslove društva, a ne i član koji je samo ulagač.

Jasnije (izravnije) nego u drugim presudama, Prizivni sud u Rouenu zauzima stav da je u konkretnom predmetu riječ o pogrešci u vođenju poslova društva jer društvo od osnutka nije bilo opremljeno primjerenim vlastitim kapitalom.⁶¹ Društvo je osnovano s temeljnim kapitalom u iznosu od svega 17 300 FF (francuskih franaka). Cilj društva je preuzimanje i nastavak tiskanja magazina koji je dotada pripadao društvu u likvidaciji. Sredstva koja su osigurana za otkup prava na magazin već su iscrpila temeljni kapital društva u cijelosti pa ni naknadno povećanje kapitala nije moglo spriječiti nastanak nesposobnosti društva za plaćanje obveza. Stečajni upravitelj tuži članove uprave društva koja se sastoji od članova društva.

Nije potpuno jasno što je bilo odlučujuće za presudu jer je istovremeno utvrđena odgovornost članova i uprave tog društva. Dvojbeno je bi li na presudu utjecala

⁵⁸ *Hadji-Artinian, S.*, La faute de gestion en droit des sociétés, LITEC, Paris, 2001., par. 60. i dalje. U francuskoj sudskoj praksi i literaturi u posljednjih 25 godina čvrsto je zauzet stav da je potkapitalizacija problem poslovođstva društva. Prije toga *Lutter* u svom prikazu značajki francuskog prava društava kapitala ističe da voditelj posla ne može biti odgovoran za potkapitaliziranost društva. *Lutter, M.*, Vom formellen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften, u: Jayme, E./Kegel, G./Lutter, M. (ur.), Ius inter nationes, Festschrift für Stefan Riesenfeld, Heidelberg, 1983., str. 179.

⁵⁹ *Lutter, M.*, Vom formellen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften, u: Jayme, E./Kegel, G./Lutter, M. (ur.), Ius inter nationes, Festschrift für Stefan Riesenfeld, Heidelberg, 1983., str. 179.

⁶⁰ Presuda Višeg suda u Avesnes-sur-Helpe od 4. studenog 1965., *Quotidien Juridique*, 1966., Nr. 110, str. 10.

⁶¹ V. poznatu presudu Prizivnoga suda Rouen (SOREP-SARL) od 20. listopada 1983., *Rev. Soc.* 1984., str. 764.

okolnost da je tužba podignuta samo protiv člana društva.⁶² U međuvremenu, Prizivni sud u Rouenu potvrdio je raniji stav iz spomenute presude u drugoj presudi od 03. prosinca 1992.⁶³

Također je i Vrhovni sud u većem broju presuda zauzeo stav da voditelj posla potkapitaliziranoga društva odgovara zbog povrede dužnosti (obveza) prema društvu. Primjerice, u presudi od 19. ožujka 1996., riječ je o francuskom društvu s ograničenom odgovornošću (SARL) koje se preoblikovalo u dioničko društvo (SA). Nakon preoblikovanja, cilj društva je izgradnja i vođenje poslova zabavnoga parka u blizini grada Nice.⁶⁴ Stečajni upravitelj je zbog nesposobnosti društva za plaćanje ustao protiv bivših članova uprave s tužbom za pokrivanje gubitaka društva. Presudi Vrhovnog suda prethodila je u tom predmetu presuda Prizivnog suda Aix-en-Provence koji nije potvrdio odgovornost voditelja posla uz obrazloženje da voditelji poslova pogrešku u upravljanju društvom ne mogu počinuti u trenutku osnivanja društva već u svezi s njegovim poslovanjem.

Vrhovni sud ponovno se morao baviti tim pravnim pitanjem, a presuda je suprotna prevladavajućem polazištu Francuskoga prava u svezi s pitanjem odgovornosti zbog potkapitalizacije društva.⁶⁵ U predmetu je riječ o građevinskom društvu SARL koje je opremljeno izrazito nedostatnim vlastitim kapitalom (50 000 FF) i poslovalo je samo zbog toga što su mu dobavljači i proizvođači plaćali unaprijed. Usprkos tome, društvo je u prvoj poslovnoj godini ostvarilo tri građevinska projekta. Prema izrijeci nadležnoga suda, ne samo da je opstanak društva ovisio o okolnosti da je primalo isplate prije dospijeca obveza već je postalo jasno da društvo, prema opremljenosti kapitalom nije bilo sposobno opstati u slučaju kašnjenja s izgradnjom ili u slučaju kašnjenja kupaca u svezi s isplatom kupovne cijene. Time su nastale pretpostavke za tužbu protiv direktora za pokrivanje gubitka nastalog društva.

Nadalje, u presudi Prizivnoga suda Aix-en-Provence od 16. svibnja 2001.⁶⁶, francusko društvo s ograničenom odgovornošću opremljeno je minimalnim propisanim temeljnim kapitalom, a prema odredbama koje su bile na snazi do kolovoza 2003. godine. Društvo je poslovalo samo s jednim poslovnim partnerom. Druga strana nije ispunjavala svoje obveze (propustila je platiti za dospjele obveze), pa je društvo sedamdeset dana nakon osnivanja prijavilo nastanak stečajnoga razloga.

Iz navedenih presuda jasno je da francuski sudovi nisu mišljenja da već i osnivanje društva s neprimjereno niskim iznosom temeljnoga kapitala (iako je ispunjena zakonska obveza na unos minimalnog temeljnog kapitala za taj oblik

⁶² *Legrand, M. N.*, Napomene uz presudu Prizivnoga suda Rouen od 20. listopada 1983., *Rev. Soc.* 1984, str. 771.

⁶³ Komentar presude Prizivnoga suda Rouen od 3. prosinca 1992. također v. kod *Blanchard, J.*, *Responsabilité et sanctions civiles*, *Rev. proc. coll.* 1993., str. 584.

⁶⁴ Presuda francuskog Vrhovnog suda od 19. ožujka 1996., *Rev. Soc.* 1996., str. 840. i dalje.

⁶⁵ Presuda francuskog Vrhovnog suda od 23. studenog 1999, *RJDA* 2000, n°457, str. 361.

⁶⁶ Presuda Prizivnog suda Aix-en-Provence od 16. svibnja 2001., *RJDA* 2002, n° 416, str. 353.

društva) ukazuje na nedopušteno postupanje članova uprave. S tim presudama u svezi, neki autori smatraju da sama okolnost da netko prihvati voditi poslove društva koje ne raspolaže primjerenim kapitalom samo po sebi nije pogreška u vođenju poslova društva.⁶⁷ Većina autora smatra da je potkapitaliziranost društva ipak pokazatelj da bi moglo biti riječi o pogrešci u poslovođstvu (upravljanju) društva: ako je društvo opremljeno nedostatnim kapitalom, a s obzirom na opseg poslovanja i djelatnosti društva, direktor je dužan odbiti obavljati tu funkciju. Prihvati li se funkcije, tada je riječ o „rizičnom, avanturističkom ponašanju“ koje za posljedicu može imati njegovu odgovornost za gubitak nastao u društvu.⁶⁸

Iz tih presuda ne može se zaključiti koji je iznos vlastitoga kapitala potreban da bi se izbjegla odgovornost za slučaj potkapitalizacije.⁶⁹ Ta pravna praznina pokušava se popuniti u literaturi. Prema stavu literature, o potkapitalizaciji je riječ ako postoji očiti, vidljivi nesklad između opremljenosti društva kapitalom i planiranoga poslovnoga pothvata. S druge strane, bar se u Francuskom pravu raspravlja o tom pitanju, a posebice valja razmotriti mogućnost da procjena kreditnih institucija o riziku kreditiranja nekog društva bude pokazatelj odgovornosti uprave društva.⁷⁰ Za odgovornost uprave ključna je volja, namjera da se provede određena investicija koja je po svom opsegu znatno viša u odnosu na financijske mogućnosti društva.⁷¹ Stoga preuzimanje funkcije direktora u društvu čije je financiranje dvojbeno predstavlja pogrešku u upravljanju.⁷²

U presudi Vrhovnog suda od 29. listopada 2002.⁷³, Sud odbija tužbu čiji je pravni temelj pogreška direktora u upravljanju društvom. U obrazloženju presude utvrđuje se da je uprava društva zbog planiranja budućih ulaganja sklopila ugovor o izradi studije ulaganja s međunarodno prepoznatom konzultantskom agencijom. U zaključku te studije konzultant zaključuje da je riječ o isplativom ulaganju. Okolnost da se ni nakon dvije godine poslovanja društva nisu ostvarili planirani rezultati iz studije, nije dostatna za zaključak da su predviđanja iz studije bila „iluzorna i nesigurna“.

Presude upućuju na zaključak da i u slučaju ako se ne angažiraju vanjski savjetnici za provjeru ekonomske isplativosti gospodarskoga projekta, nije uvijek

⁶⁷ *Legrand, M. N.*, Napomene uz presudu Prizivnog suda Rouen od 20. listopada 1983., *Rev. soc.* 1984., str. 772.; Autorica ističe da je u konkretnom predmetu utvrđeno toliko pogrešaka u vođenju poslova društva da je odgovornost bila neizbježna.

⁶⁸ *Schiller, S.*, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, LGDJ, Paris, 2002., str. 212. i dalje.

⁶⁹ *Le Cannu, P.*, Napomene uz presudu Vrhovnog suda od 19. ožujka 1996., *Rép. Defr.* 1996., str. 935. i dalje.

⁷⁰ *Couret, A.*, Napomene uz presudu Vrhovnog suda od 19. ožujka 1996., *Bull. Joly* 1996., str. 614.

⁷¹ *Hadji-Artinian, S.*, *Faute*, par. 81.

⁷² *Bruguier, T.*, Napomene uz presudu Vrhovnog suda od 19. ožujka 1996., *Rev. Soc.* 1996., str. 844. Na to upućuje i presuda Vrhovnog suda od 29. listopada 2002. Konkretno okolnosti spora jednake su onima iz presude od 1996. Sud u novijoj presudi odbija tužbu čiji je pravni temelj pogreška direktora u upravljanju društvom. Presuda francuskog Vrhovnog suda od 29. listopada 2002., *Dr. soc.* 3/2003, n° 46, str. 18.

⁷³ Presuda francuskog Vrhovnog suda od 29. listopada 2002., *Dr. soc.* 3/2003, n° 46, str. 18.

riječ o pogrešci u upravljanju društvom.⁷⁴ Ipak, ako uprava želi izbjeći odgovornost, poželjno je sklopiti ugovor o izradi studije isplativosti ulaganja na koju se uprava može pozivati u slučaju tužbe, a u svezi s potkapitalizacijom društva. Postupe li tako, direktori će odgovarati samo ako procjena isplativosti nije sastavljena prema pravilima struke, primjerice u slučaju kada je stručno mišljenje “iluzorno i nedostatno uvjerljivo”. Stoga vrijedi zaključak o oslobođenju od odgovornosti direktora koji su prije gospodarskog pothvata zatražili stručno mišljenje. Ipak, prema okolnostima slučaja, ne odgovaraju uvijek za gubitke društva niti direktori koji su preuzeli rizik i poduzeli gospodarski pothvat, a bez pribavljanja stručnog mišljenja jer bi odlaganje pothvata do završetka izrade studije znatno ograničilo poslovne mogućnosti društva.⁷⁵

4. ODGOVORNOST ČLANA ZA OBVEZE DRUŠTVA

U nastavku rada treba ispitati odgovara li i član u slučaju potkapitaliziranosti društva. Jasno je da član društva može odgovarati ako je ujedno i voditelj posla društava kapitala. Uz to pravno sredstvo, kod kojega član „zaobilazno“ odgovara kao voditelj posla društava kapitala, u nastavku rada treba razmotriti i druga pravna sredstva kojima se vjerovnici i društvo mogu koristiti protiv članova društava kapitala koji inače ne odgovaraju za obveze tih društava. Tu je riječ o pravnom sredstvu odgovornosti člana za proboj, odgovornost člana za štetu prema općim pravilima građanskoga prava te odgovornost članova zbog povrede dužnosti lojalnoga postupanja prema društvu.

4. 1. Odgovornost za proboj

Jedno od temeljnih načela francuskoga prava društava jest načelo odvojenosti društava koja imaju pravnu osobnost od njihovih članova. Uz to, kod nekih trgovačkih društava vrijedi i načelo neodgovornosti članova tih društava za obveze društava. Ipak, ponekad će se to načelo zanemariti pa bi članovi mogli odgovarati i za tuđe obveze.⁷⁶ Sama mogućnost kontrole društva, prema prevladavajućem mišljenju, nije dostatna za odgovornost, već se moraju ispuniti druge zakonske pretpostavke: da je riječ o fiktivnom (privednome) društvu ili da je nastupilo miješanje imovine.⁷⁷

U svezi s pitanjem odgovornosti zbog potkapitalizacije u francuskom pravu posebno se istražuje pojam fiktivnog (privednog) društva.⁷⁸ To je društvo čija

⁷⁴ *Hadji-Artinian, S.*, Faute, par. 82.

⁷⁵ V. presudu Vrhovnog suda od 29. listopada 2002., Dr. soc. 3/2003., n° 46, str. 18.

⁷⁶ *Kuckertz, W.*, Der Haftungsdurchgriff auf ausländische Unternehmen und Geschäftsleiter nach französischem Recht, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2002., str. 40. i dalje.

⁷⁷ V. presudu francuskog Vrhovnog suda od 24. svibnja 1982., Rev. Soc. 1983., str. 361. i dalje. Treba jasno razlikovati pojmove fiktivno društvo (fra. *société fictive*) i miješanje imovina (fra. *confusion des patrimoines*). überhaupt sauber unterschieden werden können, ist in der Literatur umstritten. str.dazu dieser Frage *Delebecque, Baierlipp, M.*, Haftung, str. 292.

⁷⁸ *Ochs, V.*, Einpersonengesellschaft, str. 118. i dalje.

je svrha (cilj osnivanja) zabranjena, suprotna načelu savjesnosti i poštenja⁷⁹ ili nisu ispunjene opće pretpostavke za osnivanje društva iz Art. 1832. francuskog Code Civile-a.⁸⁰ Iako to nije vidljivo u zakonskome tekstu, riječ je o pojavnom obliku načela *affectio societatis* članova društva tj. mora postojati volja članova za udruživanjem, a nije jednostavno dati radnu definiciju toga pojma.⁸¹ Također pojam se definira kao želja, namjera da se gospodarska aktivnost poduzima zajednički pa stoga tu od početka nisu uključeni slučajevi jednočlanih društava niti onih dioničkih društava čije su dionice uvrštene na burzu – tržišta kapitala.⁸²

Određenje pojma *affectio societatis* je od značaja za raspravu o odgovornosti članova jer se pretpostavka postojanja *affectio societatis* nije ispunila u slučaju kada je društvo samo sredstvo u rukama članova. Tada je riječ o fiktivnome, prividnome društvu. To stanje ne može se opravdati u slučaju jednočlanoga društva, kao ni u slučaju kada vladajuće i ovisno društvo imaju u svojim organima iste osobe. Također, nije dostatna pretpostavka odgovornosti niti okolnost da je više društava objedinjeno jedinstvenim vođenjem. Fiktivno je ono društvo koje nema slobodu odlučivanja u odnosu na svoje članova pa je samo „fasada“.⁸³ Nepostojanje autonomije društva kao pravnoga subjekta sve se češće priznaje kao samostalno polazište (pretpostavka) za dokaz da je društvo fiktivno.⁸⁴ Također, kako se pokazalo, izostanak *affectio societatis* i dalje ostaje drugi (po učestalosti) samostalni pravni temelj za dokaz da je društvo samo „privid“.

Okolnost da društvo nije opremljeno primjerenim kapitalom pokazuje da bi to društvo ovisilo o drugim subjektima, odnosno o vanjskim sredstvima financiranja.⁸⁵

Raniji primjer toga stava je presuda Suda u Rouenu od 20. prosinca 1938.⁸⁶ Osnivač je neizravno, postavljanjem povjerenika osnovao SARL koji je opremljen nedostatnim temeljnim kapitalom. Faktični član društva dao je društvu zajmove koji su po iznosu znatno viši u odnosu na temeljni kapital društva. Pokazalo se da je taj faktični član radio s društvom “što god je poželio”. Redovite skupštine društva nisu se održavale. Sud je oglosio da je riječ o fiktivnome društvu, a stečajni

⁷⁹ Usp. *Ochs, V.*, *Einpersonengesellschaft*, str.122.

⁸⁰ Prema odredbi iz Art. 1832. CC-a, društvo osnivaju dvije ili više osoba koji su preuzeli obvezu na zajednički pothvat koji im donosi dobit. Društvo može osnovati i jedna osoba ako je to uređeno posebnim propisima. Članovi se obvezuju sudjelovati i u gubicima društva.

⁸¹ Spomenuti pojam nerijetko se samo površno definira, ali se u presudama francuskoga Vrhovnoga suda navodi da je *affectio societatis* volja (namjera) članova da se ujedine i da snose zajedničke rizike. *Reboul, N.*, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: L' affectio societatis*, *Rev. soc.* (3) juill. – sept. 2000., *Rev. soc.* 2000., str. 425. i dalje.

⁸² O pitanju fiktivnih jednočlanih društava v. *Le Nabasque, H.*, *Napomene uz presudu Prizivnog suda Paris od 13. srpnja 1993.*, *Bull. Joly* 1993., str. 1252. i dalje.

⁸³ *Barbiéri, J. F.*, *Associés et obligataires d'une société faillie*, *Rev.proc. coll.* 1991., str. 172.

⁸⁴ *Daigre, J. J.*, *Napomene uz presudu francuskog Vrhovnog suda od 21. studenog 1995.*, *JCP* 1996 E.II.852, str. 197.

⁸⁵ *Ochs, V.*, *Einpersonengesellschaft*, str. 124.

⁸⁶ Presuda Cour de Rouen od 20. prosinca 1938., *J. soc.* 1940., str. 208. i dalje.

postupak proširen je i na faktičnoga člana.⁸⁷

U presudi francuskog Vrhovnog suda od 21. studenog 1995., sud je mišljenja da je financijska nesamostalnost društva pokazatelj da je ono fiktivno.⁸⁸ Sud u obrazloženju ističe da je javno trgovačko društvo fiktivno jer je od trenutka osnivanja potpuno financijski ovisno i praktički ne obavlja stvarnu gospodarsku djelatnost jer se ograničilo samo na sklapanje ugovora o zakupu. Pretpostavke koje upućuju na zaključak da je riječ o fiktivnom društvu su okolnost da društvo nije samostalni pravni subjekt te da nema stvarne pravne sposobnosti društva kojim se ono razlikuje (odvaja) od ostalih pravnih subjekata. Ideja društva kao fikcije obuhvaća slučaj kada se bez pravnoga temelja stvara privid. Konkretno, to će biti u slučaju ako članovi koncerna stvaraju privid da je riječ o jedinstvenoj gospodarskoj cjelini. O prividnome društvu riječ je i onda kada je ono, jednostavno rečeno, lišeno samostalnoga gospodarskoga života. Buduća opasnost leži posebice u slučajevima u koncernu kada se ovisno društvo koristi da bi se smanjio rizik. Istovremeno slučajevi kod kojih postoje pokazatelji da je društvo fiktivno, u praksi imaju manji značaj.⁸⁹

I ranija sudska praksa obuhvaća slučajeve iz kojih je vidljiv stav o ograničenoj, restriktivnoj primjeni načela o društvu kao fikciji. Tako francuski Vrhovni sud u jednoj presudi zauzima stav da društvo nije fiktivno iako je u konkretnom slučaju jedina djelatnost društva davanje nekretnine u zakup drugom društvu.⁹⁰ Također treba spomenuti presude Vrhovnog suda od 25. lipnja 1996. i 3. veljače 1998.⁹¹ Sud ističe da okolnost da je društvo financijski ovisno o drugim subjektima nije dostatan pravni temelj za zaključak da je riječ o fiktivnom društvu. Okolnost da se zanemari načelo „*affectio societatis*“ pretpostavka je za odgovornost člana. Fiktivno društvo nije nepostojeće (ništetno) već je ono pobožno. Ništetnost se utvrđuje u sudskom postupku, a presuda nema za posljedicu povrat u prijašnje stanje.⁹² Prema tada važećim odredbama francuskog Trgovačkog zakonika, u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad fiktivnim društvom okolnost da je utvrđena njegova ništetnost ima za posljedicu da će se stečajni postupak „proširiti”

⁸⁷ Slične činjenice temelj su za presudu s jednakim dispozitivom. Presuda Prizivnog suda Paris od 5. veljače 1979., RJC 1979., str. 228.

⁸⁸ Presuda francuskog Vrhovnog suda od 21. studenog 1995., JCP 1996., E. II. 852, str. 197. U konkretnom predmetu, dva bračna para članovi su francuskog SNC-a (fra. *société en nom collectif* - SNC), ali i jednog SARL-a te nekoliko drugih društava. Pravni oblik *société en nom collectif* (SNC) odgovara našem javnom trgovačkom društvu (JTD) ili njemačkom OHG. Spomenuti SNC ulaže u hotelsku djelatnost tako što sklapa ugovor o leasingu hotela. Odmah potom sa SARL-om sklapa ugovor o zakupu hotela. Ugovori su tako sastavljeni da rizik neuspjeha cijelog gospodarskog pothvata snosi SARL a u slučaju uspjeha pothvata, najviše koristi imat će SNC. Vrhovni sud potvrđuje „proširenje“ stečajnog postupka na SNC i njegove članove uz obrazloženje da je SNC fiktivno društvo. Iako se to u presudi posebno ne spominje, vidljivo je da je i SARL fiktivno društvo. U presudi se samo ističe da uzimanje u zakup hotela kojim drugo društvo raspolaže temeljem ugovora o leasingu, nije gospodarski opravdano.

⁸⁹ Tako Ehrlicke, U., Konzernunternehmen, str. 570.

⁹⁰ Presuda Vrhovnog suda od 25. studenog 1997., Rev. soc. 1998., str. 587.

⁹¹ Presude Vrhovnog suda od 25. lipnja 1996., Rép. Defr. 1996., str.1297. te od 3. veljače 1998., JCP E 1998., str. 491.

⁹² Cozian, M./Viandier, A./Deboissy, F., Droit des sociétés, par. 148.

na imovinu voditelja posla, a to će ponekad biti član društva. U francuskom pravu društava okolnost da je društvo oglašeno fiktivnim utječe na samu opstojnost društva. To rješenje različito je od hrvatskoga prava društava jer se kod nas u takvim okolnostima ne dovodi u pitanje postojanje društva već samo povlastica neodgovornosti članova za obveze društva.

4.2. Pravila o naknadi štete i o dužnosti članova na lojalno ponašanje prema društvu

Odredba iz Art. 1382. CC-a kao generalna klauzula odgovornosti za štetu čini se primjerenim sredstvom za rješavanje problema potkapitalizacije. Član društva kapitala može odgovarati prema ostalim članovima, društvu i trećima pa primjena odredaba odštetnoga prava nije isključena činjenicom da prednost imaju odredbe prava društava. Članovi odgovaraju trećima (vjerovnicima društva) samo kad je njihovo ponašanje nedopušteno, tj. u svezi s postupanjem člana koje izlazi iz okvira članskih ovlasti.⁹³ Ta okolnost upućuje na zaključak da postoje ograničenja u odgovornosti voditelja poslova društva pa bi za štetu mogao odgovarati i član koji ne upravlja društvom. Poteškoće u dokazivanju odgovornosti voditelja posla pojavljuju se i u slučaju kada treba dokazati da član odgovara za nastalu štetu jer društvo nije opremio primjerenim kapitalom.

Središnje pitanje u svezi s primjenom odredaba odštetnoga prava na slučaj materijalne potkapitalizacije jest, je li se samim članstvom u potkapitaliziranom društvu, ispunila pretpostavka odgovornosti iz Art. 1382. CC-a. Naime, u francuskom pravu društava, kao ni u našem pravu, ne postoji pravilo o tome da bi član bio dužan svoje društvo opremiti primjerenim vlastitim kapitalom.⁹⁴ Međutim, niz presuda francuskih sudova ukazuje na promjenu stava o tom pitanju.

U presudi Prizivnog suda Aix-en-Provence od 18. lipnja 1975.⁹⁵ utvrđuje se da su se ispunile pretpostavke odgovornosti za štetu pa vladajuće dioničko društvo (SA) odgovara za obveze ovisnoga društva s ograničenom odgovornošću (SARL). Vladajuće društvo utjecalo je na osnivanje ovisnog društva koje je opremljeno nedostatnim kapitalom, a da pritom nije i samo bilo osnivač – član društva. Okolnost da je nastala pravna osoba koja nema dostatna sredstva za poslovanje za posljedicu ima odgovornost za štetu vladajućega društva.

Sud presudu ne temelji samo na činjenici da je ovisno društvo potkapitalizirano već i na drugim činjenicama jer je vladajuće društvo imalo prevladavajući utjecaj i sudjelovalo je u donošenju brojnih pogrešnih upravljačkih odluka. Uz to, društva su toliko međusobno povezana, da bi se u sličnim okolnostima u našem pravu ispunile pretpostavke odgovornosti zbog miješanja imovina i sfera društva i člana.

⁹³ Ibid., par. 325.

⁹⁴ Unger, J., *Unterkapitalisierung*, str. 46.

⁹⁵ Presuda Prizivnoga suda Aix-en-Provence od 18. lipnja 1975., RJC 1976., str. 95. i dalje. Također v. Schmidt, D., *Die zivilrechtliche Haftung*, ZGR 1982., str. 277.

Na kraju spomenuti sud ističe da je ponašanje prema vjerovnicima ovisnoga društva povreda načela savjesnosti i poštenja, a može biti riječi i o prijevarnome postupanju vladajućega društva. Možda bi presuda bila drugačija da, uz okolnost potkapitalizacije, nisu utvrđene i druge činjenice (okolnosti slučaja).

O deliktnoj odgovornosti, a u svezi sa slučajevima materijalne potkapitalizacije raspravlja se i u ranije spomenutoj presudi Prizivnog suda u Rouenu od 20. listopada 1983.⁹⁶ Dvojbeno je temelji li se presuda protiv člana društva koji je ujedno i voditelj posla samo na pretpostavkama odgovornosti za vođenje poslova ili u pozadini stoji i neiskazani stav da su članovi dužni financirati svoje društvo, a povreda te dužnosti za posljedicu ima odgovornost za naknadu štete. Generalna klauzula o deliktnoj odgovornosti iz Art. 1382. CC-a moguća je pravna osnova za tužbu.⁹⁷ U opisanom predmetu tuženici odgovaraju prema općim pravilima o odgovornosti građanskoga prava, samom činjenicom da su osnivači društva. Pretpostavke odgovornosti za štetu u svezi s potkapitalizacijom moraju se ispuniti kumulativno, ali upozorava se na moguće izuzetke od toga pravila.⁹⁸ Za štetu odgovara član koji je poduzetnički aktivan, ali ne i član koji je samo pasivni ulagač. Članovi koji su samo ulagači nerijetko su i sami oštećeni nedopuštenim (štetnim) ponašanjem uprave društva tj. poduzetnički aktivnih članova društva.

Na kraju treba uzeti u obzir da se u opisanim presudama uvijek raspravlja o odgovornosti člana koji je ujedno i voditelj posla društva te da se uz potkapitalizaciju pojavljuju i druge činjenice koje nedvojbeno upućuju na odgovornost voditelja posla. Stoga je otvoreno pitanje je li za deliktnu odgovornost dovoljna pretpostavka da je netko član potkapitaliziranoga društva.⁹⁹

U francuskom, kao i u našem pravu društava, postavljaju se ograničenja prava većine u društvima kapitala. Pravo većine ne smije se zlouporabiti (fra. *abus de majorité*). O zlouporabi je riječ ako se odluke u društvu donose isključivo u korist jednog ili više članova, a koji interesi su suprotni samostalnom pravnom interesu društva i legitimnom interesu manjinskih članova. Ako se prešla ta zamišljena granica dopuštenoga ponašanja, nastaju dva pravna učinka: ništetnost sporne odluke¹⁰⁰ i odgovornost za naknadu štete temeljem općega pravila o deliktnoj odgovornosti.¹⁰¹ Još se nije raspravljalo o pitanju postoji li u svezi s potkapitalizacijom dužnost članova na lojalno ponašanje i u slučajevima kada nema suprotstavljenih interesa članova jer oni djeluju zajednički, a na štetu društva i njegovih vjerovnika.

⁹⁶ Presuda Prizivnog suda Rouen od 20. listopada 1983., Rev. Soc. 1984., str. 764. i dalje.

⁹⁷ *Legrand, M. N.*, Napomene uz presudu Prizivnog suda Rouen od 20. listopada 1983., Rev. Soc. 1984, str. 772.

⁹⁸ *Unger, J.*, Unterkapitalisierung, str. 46.

⁹⁹ Odmah daje negativan odgovor *Wolf, M.*, Konzernhaftung, str. 37.

¹⁰⁰ Vidi Art. 1844-10 CC-a.

¹⁰¹ *Schmidt, D.*, Die zivilrechtliche Haftung, ZGR 1982., str. 280.

5. ZAKLJUČAK

Pitanje potkapitalizacije društava kapitala razmatra se u francuskoj literaturi, ali i u sudskoj praksi. Ta tema posebno dobiva na značaju s obzirom na okolnost da se u francuskom pravu društava praktički stavilo van snage pravilo o unosu minimalnog temeljnog kapitala za osnivanje društava s ograničenom odgovornošću (SARL). Kada se u bilo kojem pravnom sustavu raspravlja o potkapitalizaciji, prethodno treba odgovoriti na tri ključna pitanja.

Prvo, treba li prihvatiti stav da netko mora vjerovnicima društva *odgovarati za primjerenu opremljenost društva kapitalom* ili nema mjesta toj odgovornosti, posebice zato što nema zakonskih odredaba o tome da bi društvo trebalo opremiti kapitalom koji odgovara potrebama društva? Raščlamba francuske literature i sudske prakse ukazuje na potvrđan odgovor, što također vrijedi i za sve ostale nacionalne pravne sustave.

Drugo je pitanje *subjekata odgovornosti* kod materijalne potkapitalizacije društva. U francuskom pravu – za razliku od vladajućega stava u našem i njemačkom pravu – za primjerenu opremljenost društva kapitalom ne odgovaraju članovi društva već uprava. U francuskom pravu odgovornost uprave društva koje je u stečaju (fra. *action en comblement du passif*) smatra se glavnim pravnim sredstvom za slučaj materijalne potkapitalizacije društva. Član će prema tim odredbama odgovarati vjerovnicima društva samo ako je faktični direktor (voditelj poslova) toga društva. Međutim, uzak je krug činjeničnih pretpostavki iz kojih proizlazi zaključak da je član postao faktični direktor društva. Općenito, dvojben je stav prema kojem za materijalnu potkapitalizaciju odgovara uprava društva, a ne član(ovi). Polazište za odgovornost uprave jest stav da uprava bolje nego članovi može procijeniti je li društvo opremljeno primjerenim kapitalom bolje nego članovi te se odgovornošću uprave postiže da članovi mogu kontrolirati i ograničiti svoj rizik u poslovnome pothvatu. U našem pravu, uz mogućnost primjene odredaba o odgovornosti članova za obveze društva (odgovornost za proboj pravne osobnosti) zaštita vjerovnika društva u spomenutim slučajevima ne ostvaruje se primjenom pravila o odgovornosti uprave, već odredbama o održanju kapitala društva koje se nadopunjuju odredbama o dužnosti prijave nastanka stečajnoga razloga. Hrvatsko pravo društava kapitala ostvaruje načelo zaštite vjerovnika putem velikoga broja pojedinačnih odredaba koje imaju usko, ali precizno određeno područje primjene.

Treće, koje su *pretpostavke odgovornosti* za materijalnu potkapitalizaciju? U francuskom pravu – za razliku od našeg prava – nisu jasno razrađene pretpostavke odgovornosti za materijalnu potkapitalizaciju. Nepostojanje jasno određenih pretpostavki za odgovornost za posljedicu ima da rizične slučajeve nije moguće nadzirati niti se može djelovati preventivno.

Prethodna razmatranja pokazuju da u slučajevima materijalne potkapitalizacije može biti riječi o strogoj odgovornosti voditelja posla. Stoga nije opravdan zaključak da u francuskom pravu ta tema nije od značaja, iako se o njoj samo povremeno raspravlja u literaturi i o njoj nema jedinstvenoga stava. Opreme li

članovi svoje društvo kapitalom koji po visini nije primjeren opsegu planiranoga gospodarskoga pothvata, mogli bi odgovarati vjerovnicima društva. O odgovornosti zbog potkapitalizacije posebno se raspravlja i u svezi s polazištem da uvođenje 1-euro SARL-a ima za posljedicu primjenu pravila o odgovornosti uprave (voditelja posla) pa se faktički (doduše neizravno) zanemaruje i načelo neodgovornosti članova za obveze društva. Uprava društva odgovara za primjeren omjer kapitala društva i opsega njegove djelatnosti. Ako uprava o tome ne vodi računa prijeti im opasnost da vjerovnici ustanu s tužbom za pokrivanje nastalih gubitaka. Dvojben je takav zaključak jer se opravdano postavlja pitanje nije li unos kapitala dužnost članova društva, a ne uprave. Prema vladajućem stavu u francuskoj literaturi i sudskoj praksi, voditelj poslova odgovara jer upravlja potkapitaliziranim društvom te poduzima gospodarske pothvate koji nisu u skladu s njegovim financijskim mogućnostima.

Raščlamba sudske prakse u svezi s mogućnošću primjene tužbe za pokrivanje gubitaka nastalih u društvu u slučajevima materijalne potkapitalizacije pokazuje da u francuskom pravu nema jedinstvenoga stava o pragu nastanka materijalne potkapitalizacije, odnosno o činjeničnim pretpostavkama koje moraju postojati u konkretnom slučaju da bi moglo biti riječi o materijalnoj potkapitalizaciji. Središnji pojam štetne radnje (fra. *faute*) nije dostatno jasno određen. Sud u sporu treba provjeriti poslovanje društva iako takva kontrola nije isključiva smjernica za procjenu odgovornosti. Sudska praksa dosada nije otklonila pravnu nesigurnost. Presuda povodom spomenute tužbe može imati različite pravne učinke jer ovisi o konkretnim okolnostima slučaja. Glavni prigovor toj tužbi jest da vjerovnici pored spomenutoga sredstva praktički ne mogu ustati s tužbom temeljem općih pravila o odgovornosti uprave niti tužiti za naknadu štete. S druge strane, mogućnost da kod pogreške u upravljanju društvom (vođenju društva) visina iznosa za koji voditelj poslova odgovara može biti dosuđena i u višem iznosu u odnosu na nastalu štetu, trpi kritike i smatra se da je tada riječ o neprimjereno strogoj odgovornosti.

MATERIAL SUBKAPITALIZATION IN FRENCH LAW OF CORPORATIONS

The issue of undercapitalization of companies of capital is discussed in French literature, but also in court practice. If the company founders furnish their company with insufficient capital, i.e. capital that is not adequate to the scope of the planned entrepreneurial undertaking, the company members could be liable to the company creditors. The topic of responsibility for undercapitalization is particularly discussed in regard of the standing point that the introduction of 1-euro SARL will result in application of rules on responsibility of the management (manager of the business operation), so that factually (even if only indirect) the principle of non-responsibility of members for the liabilities of a company is neglected. The company management is responsible for an adequate ratio of the company capital and the volume of the business operations. If the management fails to take care of this, there is a risk that creditors will appeal before court for indemnification of caused losses. Such a conclusion is disputed, since the justified question appears, whether the furnishing of a company is the duty of the company members and not the management. Based on prevailing

opinions in French literature and the court practice, the manager of a certain business operation is responsible because he manages an undercapitalized company and undertakes business activities that are not in compliance with the financial possibilities. Review of the court practice in the sense of applicability of appeals for indemnification of losses caused to a company in cases of material undercapitalization shows that the French law doesn't take a common standing point on the threshold of such material undercapitalization, i.e. factual preconditions for an individual case to define a material undercapitalization. The main objection against such an appeal is that creditors. Besides this legal aid have no other way to appeal based on general rules on management responsibility, nor can they appeal for indemnification of damages. On the other side, the possibility that a court can award a higher amount than the one appealed on account of a mistake in managing the company businesses than the manager is liable for, seems to be subject to criticism and is considered an overly and inadequate responsibility.

Keywords: *French law, corporations, subcapitalization, liabilities, protection of creditors*

Literatura

1. *Baierlipp, M.*, Die Haftung der Muttergesellschaft eines multinationalen Konzerns für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft, Hamburg 2002.
2. *Barbić, J.*, Pravo društava, Opći dio, Organizator, Zagreb, 2006.
3. *Barbiéri, J. F.*, Associés et obligataires d'une société faillie, Revue des procédures collectives, 1991., str. 153. i dalje.
4. *Becker, P.* Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische „Blitz - S.A.R.L.“ GmbH 2003., str. 706. i dalje.
5. *Blanchard, J.*, Responsabilité et sanctions civiles, Revue des procédures collectives, 1993., str. 579. i dalje.
6. *Brnabić, R.*, Proboj pravne osobnosti i odgovornost za obveze, doktorska disertacija, Zagreb, 2010.
7. *Cozian, M./Viandier, A./Deboissy, F.*, Droit des sociétés, 17e édition, Paris 2004.
8. *Cozian, M.*, Sous-capitalisation et fiscalité, Revue de jurisprudence commerciale (RJC), 2001., str. 244. i dalje.
9. *Dedessus-Le-Moustier, N.*, La responsabilité du dirigeant de fait, Revue des sociétés, 1997., str. 499. i dalje.
10. *Druey, J. N.*, Empfiehl es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen - auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten - neu zu regeln? Gutachten H für den 59. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages 1992, Band I Gutachten, München 1992., str. H 1. i dalje.
11. *Großerichter, H./Rageade, J. P.*, Französische Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Handels- und Wirtschaftsrecht im Jahr 2000., Recht der Internationalen Wirtschaft, 2001., str. 771. i dalje.
12. *Ehrlicke, U.*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, Tübingen, 1998.
13. *Hadji-Artinian, S.*, La faute de gestion en droit des sociétés, LITEC, Paris 2001.
14. *Hansen, U.*, Die verdeckten Sacheinlagen in Frankreich, Belgien und Deutschland

und ihre Behandlung durch die zweite EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie, Frankfurt a. M., 1996.

15. *Höfling, B. S.*, Das englische internationale Gesellschaftsrecht, Heidelberg, 2002.
16. *Kuckertz, W.*, Der Haftungsdurchgriff auf ausländische Unternehmen und Geschäftsleiter nach französischem Recht, Heidelberg, 2002.
17. *Le Cannu, P.*, Droit des sociétés, 2e édition, Paris, 2003.
18. *Lutter, M.*, Vom formellen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften, u: Jayme, E./Kegel, G./Lutter, M.(ur.), Ius internationales, Festschrift für Stefan Riesenfeld, Heidelberg, 1983., str. 165. i dalje.
19. *Massart, T.*, Une grande réforme à petit budget: La SARL au capital de 1 Euro, Bull. Joly 2002., str. 1361. i dalje.
20. *Ochs, V.*, Die Einpersonengesellschaft in Europa, Baden-Baden, 1997.
21. *Reboul, N.*, Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: L' affectio societatis, Rev. soc. (3) juill. — sept. 2000., str. 425. i dalje.
22. *Recq, J. G./Hoffmann, S.*, Die französische S.A.R.L. als GmbH-Ersatz?, GmbHR 2004., str. 1070. i dalje.
23. *Saint-Alary-Houin, C.*, La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté, Revue des procédures collectives, 2001., str. 145. i dalje.
24. *Schiller, S.*, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, LGDJ, Paris 2002.
25. *Schmidt, D.*, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe nach französischem Recht, ZGR 1982., str. 276. i dalje.
26. *Schwanna, A.*, Die Gründung von Gesellschaften in Deutschland, Frankreich und Großbritannien, Frankfurt a. M., 2002.
27. *Ulmer, P.* u: Hachenburg, M., Großkommentar zum GmbHG, Ulmer, P. (ur.), Band I: Allgemeine Einleitung, §§ 1-34, 8. Aufl., Berlin 1992.
28. *Unger, J.*, Unterkapitalisierung in Belgien und Frankreich, Frankfurt a.M. 1988.
29. *Wolf, M.*, Konzernhaftung in Frankreich und England, Köln, 1995., str. 5. i dalje.
30. *Zahn, P. J.*, Geschäftsleiterhaftung und Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften in Frankreich, Frankfurt a. M. 1986.
31. *Zimmer, D.*, Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1996.
32. *Zimmermann, K.*, Die Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern bei Insolvenz der GmbH in Frankreich, Doktorska disertacija, Freiburg, 1971.